

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X2007120008

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论行政裁量基准的法律效力
——以工商行政处罚裁量基准为样本

Discussion on Legal Effect of Standard of Administrative Discretion
—A Study of the Standard of Discretion in Industry and Commerce
Administrative as Example

陈梅芳

指导教师姓名: 周刚志 副教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2011 年 4 月

论文答辩时间: 2011 年 月

学位授予日期: 2011 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2011 年 4 月

论行政裁量基准的法律效力——以工商行政处罚裁量基准为样本

陈梅芳

指导教师

周刚志
副教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的
研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表
的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规
范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()
课题(组)的研究成果,获得()课题(组)
经费或实验室的资助,在()实验室完成。

(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,
未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名): 陈梅芳

2011 年 4 月 11 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ☒ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：陈梅芳

2011 年 4 月 11 日

内容摘要

行政处罚裁量基准属于解释性的行政规范性文件，从理论上分析，它对行政机关具有一般但非强制的约束力，对外部相对人及人民法院也具有间接效力。但通过对裁量基准在工商行政处罚案件中的适用情况及其诉讼过程的分析，可以发现实践中的行政处罚裁量基准已经偏离法治轨道，其对行政机关具有强大的约束力，行政机关一般直接适用裁量基准而不审查其对个案的适当性，而法院一般也不对裁量基准进行合法性审查而直接将其作为裁量合法的依据。裁量基准在实践中的这种强大的效力，与裁量基准设定的基本目的——依法行政相违背。无论是行政机关还是法院，都有必要正确运用裁量基准，削弱裁量基准在实践中过强的效力。于此，行政机关的职责是完善裁量基准的制定和修改程序，完善裁量基准的适用规则；法院的职责是切实履行审查裁量基准合法性及其对个案适当性的职责。

关键词：裁量基准；法律效力；个案正义

Abstracts

As an interpretative administrative normative document, theoretically, the standard of administrative punishment discretion has indirect effect on external counterparts and courts as well as general but not compulsory effect on administrative organizations. But from the research on the application of the standard of discretion in business administrative penalty cases and the litigation courses, we can find the standard of administrative punishment discretion has deviated from the rule of law in practice. Result from its great force, administrative organizations always apply the standard of discretion without reviewing the legitimacy in the individual case, and the courts use it as legitimate foundation without inspecting its own legitimacy. The overwhelming effect of the standard of discretion in practice is contradict to its purpose, administration according to law. Both the administrative organizations and courts should apply the standard of discretion correctly and weaken its overwhelming effect in practice. So, the administrative organizations have duty to improve the making and remaking procedures and applicable regulations of the standard of discretion, and the duty of courts is inspecting on its legitimacy especially in individual cases.

Key words: Standard of Discretion; Legal Effect; Justice of Individual Case

目 录	
第一章 问题的提出	1
第二章 裁量基准的法律性质及其效力展开	4
第一节 裁量基准的法律性质研讨	4
第二节 裁量基准对行政主体效力的考察	5
第三节 裁量基准对外部相对人效力的考察	6
第四节 裁量基准对人民法院效力的考察	7
第五节 裁量基准的实际效力的总结	8
第三章 裁量基准的过强效力及其内在悖论梳理	11
一、裁量基准过强效力与其法律属性的矛盾	11
二、裁量基准过强效力与其自身缺陷的矛盾	12
三、裁量基准过强效力与个案正义要求的矛盾	13
四、裁量基准过强效力与司法监督要求的矛盾	14
第四章 裁量基准的规范适用及其司法审查分析	16
第一节 行政机关对裁量基准的规范适用	16
一、基于基准制定和修改程序的规范适用	16
二、基于说理性和行政基本原则的规范适用	17
第二节 人民法院对裁量基准的司法审查	18
一、司法审查的理论维度	18
二、司法审查的实践操作	20
结 语	24
参考文献	25

CONTENTS

Chapter 1	Bringing up of the Problem	1
Chapter 2	Legal Nature and effect of the Standard of Discretion	4
Section 1	The Standard of Discretion as Normative Document	4
Section 2	Standard of Discretion's Effect on Administrative Organizations and Law Executors	5
Section 3	Standard of Discretion's Effect on External Counterparts	6
Section 4	Standard of Discretion's Effect on Courts	7
Section 5	Conclusion of The Actual Effect of the Standard of Discretion.....	8
Chapter 3	The Legal Paradox of the Standard of Discretion	11
1.	The Contradiction Between the Excessively Strong Force and the Legal Nature of the Standard of Discretion	11
2.	The Contradiction Between the Excessively Strong Force and the Natural Defect of the Standard of Discretion.....	12
3.	The Contradiction Between the Excessively Strong Force of the Standard of Discretion and Justice of Individual Case.....	13
4.	The Contradiction Between the Excessively Strong Force of the Standard of Discretion and the Need of Judicial Supervision	14
Chapter 4	The Applicable Law And Review of the Standard of Discretion	16
Section 1	Duty of Administrative Organizations	16
1.	Improvement on the Making and Remaking Procedure of the Standard of Discretion	16
2.	Improvement on the Applicable Law of the Standard of Discretion	17
Section 2	Duty of People's Court.....	18
1.	Theoretical Study of the Review	18
2.	Key Points of the Review	20
Conclusion		24
Reference Documents		25

第一章 问题的提出

2007年7月23日,某市某环保科技有限公司(下称A公司)向某市工商行政管理局(下称工商局)申请变更公司法定代表人及股东,同时申请公司董事、监事变更登记。工商局根据A公司提交的《股东会决议》等材料,审查后认为材料齐全,符合法定形式,于7月27日核准了A公司的变更登记。2008年,在A公司原股东林某等人不服工商局该次股东变更登记的诉讼中,法院经审查认定A公司在该次变更登记中提交的《股东会决议》含有虚假签名,属于虚假材料,并判决撤销该次股东变更登记。2008年底,工商局以该公司涉嫌提交虚假材料骗取公司登记为由立案调查。经调查,工商局认定A公司在2007年7月23日的公司登记变更申请中提交的作为变更登记重要依据的《股东会决议》为虚假材料,其行为已构成中国2005年《公司法》第199条^①规定的提交虚假材料取得公司登记的行为。在事实清楚的情况下,执法人员对如何处罚A公司却产生了争议。市工商局的上级领导部门省工商局在2006年制定并颁发了《某省工商行政管理系统适用〈公司法〉行政处罚裁量意见》(以下简称《公司法裁量意见》),其中的GS-2条规定:违反《公司法》第199条规定,提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的,按甲乙丙三种不同级别进行处罚,每个级别中还各有三个档次的处罚幅度。该条裁量规定的具体内容为:甲级规定情节严重的违法情形,具体包括:(1)使用行贿等手段获取虚假证明文件;(2)不执行责令改正,继续实施违法行为的;(3)隐匿、销毁违法证据的;(4)设立的公司实施其他违法行为的;(5)其他可以从重处罚的情节;甲级的三个档次分别为:注册资金在100万元以上的属A级,其罚款幅度为45万元以上50万元以下;注册资金在90万元以上100万元以下的属B级,其罚款幅度为40万元以上45万元以下;注册资金在80万元以上90万元以下的属C级,其罚款幅度为35万元以上40万元以下,A、B、C三个档次的并罚内容均为撤销公司登记或吊销营业执照。乙级规定情节一般的违法情形,不具备从重或者从轻处罚的情节的行为属乙级;乙级的三个档次分别为:注册资金在70万元以上80万元以下的属

^① 《公司法》第199条:违反本法规定,虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,对虚报注册资本的公司,处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款;对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司,处以五万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照。

A 级，其罚款幅度为 30 万元以上 35 万元以下；注册资金在 65 万元以上 70 万元以下的属 B 级，其罚款幅度为 25 万元以上 30 万元以下；注册资金在 60 万元以上 65 万元以下的属 C 级，其罚款幅度为 20 万元以上 25 万元以下，A、B、C 三个档次的并罚内容均为责令改正。丙级规定情节轻微的违法情形，具体包括：（1）主动消除或减轻违法行为危害后果的；（2）受他人胁迫的；（3）有立功表现的；（4）其他从轻处罚的情形；丙级的三个档次分别为：注册资金在 55 万元以上 60 万元以下的属 A 级，其罚款幅度为 15 万元以上 20 万元以下；注册资金在 50 万元以上 55 万元以下的属 B 级，其罚款幅度为 10 万元以上 15 万元以下；注册资金在 50 万元以下的属 C 级，其罚款幅度为 5 万元以上 10 万元以下，三个档次的并罚内容均为责令改正。办案机关根据这一裁量规定，对公司的注册资金在 100 万元以上的，如果不认定为违法情节严重，则无法适用该裁量规定；亦即对公司注册资金在 100 万元以上的当事人，只能适用该裁量规定的甲级 A 档予以处罚，即处以 45 万元以上 50 万元以下的罚款，并处撤销公司登记或者吊销营业执照。因此，对如何处罚 A 公司，办案机关有两种不同意见：一种是适用省工商局 GS-2 条裁量规定甲级 A 档，对 A 公司处以 45 万元罚款，并处撤销工商局 2007 年 7 月 27 日作出的变更登记；另一种是不适用裁量规定（因 A 公司并无该规定甲级所规定的情节严重的违法情形），按情节一般对 A 公司处以 25 万元罚款，并处撤销公司变更登记。

省工商局所制定的《公司法裁量意见》在理论上被在理论上被归为“裁量基准”，并且该规定在实务中也体现了大多数行政处罚裁量基准之基本形式。通说认为，裁量基准是指“行政机关在法律规定的裁量空间内，依据立法者意图以及比例原则等的要求并结合执法经验的总结，按照裁量涉及的各种不同事实情节，将法律规范预先规定的裁量范围加以细化，并设以相对固定的具体判断标准”。^①从当前制定并使用的绝大多数裁量基准的情况看，裁量基准的性质属于行政机关制定的规范性文件，其效力低于行政规章。裁量基准的制定机关上至有规章制定权的国务院有关部门，下至无规章制定权的地方政府或其工作部门。裁量基准涉及的行政行为种类包括行政许可、行政处罚、行政强制等，但当前实践中以行政处罚裁量基准占绝大多数^②。本案两种处理意见的争议实质是：上级机关制定的

^① 周佑勇，裁量基准的正当性问题研究[J]，中国法学，2007，（6）：22-32.

^② 行政处罚裁量基准是最具代表性的裁量基准，本文也仅以行政处罚裁量基准为研究对象。下文论及的裁量基准均仅指行政处罚裁量基准。

裁量基准对下级机关是否有强制性的适用效力？下级机关在具体适用裁量基准时，是否要兼顾“裁量基准”之于个案的适当性？

2009年2月12日，工商局对A公司作出行政处罚决定，依据《公司法》第199条的规定以及该省工商行政管理局制定的《公司法裁量意见》^①，对A公司处以：1、罚款45万元；2、撤销工商局2007年7月27日作出的A公司变更登记。^②A公司不服工商局行政处罚决定，该案诉至法院。由此，该案从行政程序进入司法程序。在法院司法审查过程中，该案的争议焦点包括：工商机关认定A公司的行为属于情节严重，是否正确？法院可否审查？工商机关依据省工商局的裁量规定作出45万元的罚款决定，是否合法？法院可否审查？上述争议焦点，实际上提出了在裁量基准司法审查中的重要问题：法院是否应当以及如何审查裁量基准？

在当前中国行政改革以依法行政、建设法治政府为核心的背景下，自国务院2004年印发《全面推进依法行政实施纲要》以来，裁量基准就在中国开始轰轰烈烈地推广使用。2008年发布的《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》特别指出：“要抓紧组织行政执法机关对法律、法规、规章规定的有裁量幅度的行政处罚、行政许可条款进行梳理，根据当地经济社会发展实际，对行政裁量权予以细化，能够量化的予以量化，并将细化、量化的行政裁量标准予以公布、执行。”这说明裁量基准被政府认为是一种有效的行政机关自我控制裁量权的机制，并将在中国行政执法中继续推行。然而从上述案件可以发现，裁量基准在实际运用中仍有许多问题。它对行政机关过强的适用效力，可能导致裁量基准不仅达不到规范裁量权行使的目的，反而导致行政行为违法。本案反映出来的问题正是裁量基准在当前实务中的普遍性问题，包括：裁量基准究竟具有何种法律效力？具体行政行为所适用的裁量基准是否受司法审查以及其审查程度如何？

^① 事实上，工商局在这里作了一个折衷处理，以A公司用股东会决议这一虚假材料同时骗取了法定代表人变更、股东变更及董事、监事变更备案三项登记为由，认定其属于情节严重，同时适用裁量规定甲级A档进行处罚。

^② 2007年7月27日，工商局共核准A公司的三项登记：股东变更登记、法定代表人变更登记以及董事、监事变更备案登记。因股东变更登记已在先前的不服行政许可诉讼中被法院判决撤销，在此次的行政处罚中，工商局仅撤销法定代表人变更登记及董事、监事变更备案登记。

第二章 裁量基准的法律性质及其效力展开

第一节 裁量基准的法律性质研讨

行政机关制定的规章以外的规范性文件的效力，一直是行政法学关注的焦点。裁量基准作为规章以外的规范性文件，其性质及效力国内外学者也多有探讨。德国学者哈特穆特·毛雷尔认为，行政规则可分为四类：组织规则和业务规则、解释性规则、裁量性规则和替代性规则。裁量基准属于裁量性规则，“是确定行政机关如何行使法定裁量权的行政规则，其目的是确保裁量权行使的统一性和平等性”。^①裁量性规则不仅具有内部法律效力，也具有外部法律效力。裁量性规则的外部法律效力的依据是行政惯例和平等原则。“行政规则通过稳定的适用确立了同等对待的行政惯例，据此约束行政机关自身。除非具有客观理由，不得同等情况不同等对待（所谓的行政自我约束）。行政机关在具体案件中无正当理由偏离稳定的、为行政规则确立的行政惯例，构成违反平等原则。在这种情况下，公民虽然不能诉称行政机关违反了只具有内部效果的行政规则，但可以诉称行政机关违反了基本法第3条第1款规定的平等原则。”^②日本学者盐野宏认为，行政规则本来是一种内部规则，随着社会的发展出现了外部化的倾向，对相对人权利义务的影响越来越大。外部化的行政规则可分为四类，包括：解释基准、裁量基准、给付基准和指导纲要。裁量基准是指为防止行政自由裁量权的滥用，以求实现公平对待而制定的行政基准。^③我国台湾地区亦采纳德国观点，认为裁量基准一经合法颁布，行政机关就必须适用其裁量基准，否则会被认为违反平等原则。^④国内研究亦多认为，裁量基准作为一种解释性规则，对行政执法人员具有当然的拘束力，并依据行政惯例为行政法的渊源而具有一定的外部效力。^⑤但行政机关也并非要受裁量基准的绝对拘束，同时裁量基准对法院不应具有拘束力。^⑥

从理论层面分析，依据裁量基准的概念及《公司法裁量意见》的具体内容，裁量基准的性质属于解释性的行政规范性文件，按照最高人民法院《关于审理行

^① [德]哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟译, 北京: 法律出版社, 2000.593-594.

^② 同上, 第600页。

^③ [日]盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺译, 北京: 法律出版社, 1999.73-74.

^④ 参见黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.15-16.

^⑤ 周佑勇. 行政裁量治理研究: 一种功能主义的立场[M]. 北京: 法律出版社, 2008.70-74.

^⑥ 赵清林. 论裁量规则的效力[J]. 长春市委党校学报, 2010, (1): 80-84.

政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法[2004]96号）的观点，属于“有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件”；按照学理上的分类，其属于“解释性行政规范”。^①所谓解释性行政规范，就是指行政主体为了实施法律、法规和规章，统一各个行政主体及其公务员对法律、法规和规章的理解及执行活动，对法律、法规和规章进行解释而形成的规范性文件。^②而解释性行政规范本身并不构成行政法的渊源，而是行政惯例和法律原则的载体，并不构成对法院审判具有强制性和拘束力的依据。^③作为规范性文件的裁量基准，其效力内容可分为对行政机关及其执法人员的效力、对外部相对人的效力和对人民法院的效力。

第二节 裁量基准对行政主体效力的考察

裁量基准作为一种规则化的行政自治手段，对于制定单位及其下级机关而言，其性质是一种命令性的行政文件，在行政机关内部，它应当保证被遵守，这是行政体系中服从义务的要求。裁量基准的行政命令特征，可以从各个印发裁量基准的红头文件及其中的文字表述轻易地判断。以本案所适用的《公司法裁量意见》为例，在印发该裁量意见的通知中明确写明“各级执法办案机构在适用法律处理案件时，应严格按照《公司法裁量意见》的规定，对违法行为的‘级’和‘档’进行认定，并按照对应的处罚幅度进行处罚”，“在‘级’方面作升（降）二级处罚的，在作出处罚前，须经本级工商局的局领导或者局务会议研究同意，由设区市工商局书面报省工商局批准后，方可实施行政处罚”。由该裁量规定的文本，也可以看出省工商局制定该规定的目的是在全省范围内统一适用。《国务院关于加强市县依法行政的决定》所要求的“将细化、量化的行政裁量标准予以公布、执行”也明确了裁量基准在行政机关的适用效力。而从行政机关及公务员上下隶属的组织关系而言，裁量基准的内部效力也是当然的。中国2005年《公务员法》第12条规定，服从和执行上级依法作出的决定和命令是公务员应当履行的法定义务。该法第53、54条又规定，公务员必须遵守纪律，不得拒绝执行上级依法作出的决定和命令。公务员认为上级的决定或命令有错误的，可向上级提

^① 对裁量基准属于解释性规则的观点，可参见周佑勇：《行政裁量治理研究：一种功能主义的立场》[M]，北京：法律出版社，2008.64-67。该书通过对多份实证材料的分析论证了这一观点。

^② 叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》[M]，北京：法律出版社，2002.96。

^③ 同上，第100页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕